

RAZÓN DE SER DEL PROCESO PENAL: LOS PRESUPUESTOS PROCESALES QUE DAN MÉRITO AL JUICIO ORAL

Por: Elder Palomino Figueroa¹

I. IDEAS PRELIMINARES.

Conforme establece el Código de Procedimientos Penales de 1940 en su artículo 1°² el proceso penal tiene dos etapas: la instructiva y el juzgamiento.

De antemano el proceso penal tiene por finalidad el alcanzar la verdad concreta y para ello se debe establecer una correspondencia de identidad entre el imputado y la de la persona efectivamente sometida al proceso, así como su autoría o no con previa evaluación de los medios probatorios. Éste de acuerdo a las Garantías Constitucionales del Proceso Penal, que son los mecanismos jurídicos que impiden el uso arbitrario de poder estatal. Las únicas armas de los individuos frente al Estado son las garantías que, como dice FERRAJOLI, son garantías de libertad”.

Las garantías a que referimos son genéricas, universales que tanto la Constitución Política del Estado de 1993 en sus artículos 2° inc. 24 ap. e y 139° en sus respectivos incisos preceptúa y, además son derechos del procesado o inculcado amparado por los Tratados, Convenciones, Pactos Internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Las cuales son:

- **Presunción de inocencia**, que significa: Nadie tiene que construir su inocencia hasta que una sentencia lo declare de tal forma, es decir, un procesado es inocente mientras no exista una declaración judicial que la condene como responsable. Esta garantía es un derecho fundamental de la persona protegida por la Carta Magna en artículo 2° inciso 24 ap. e.
- **Derecho de Defensa**, amparada por la Const. en su art. 139° inc.14 “ El principio de ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso....” En suma, esta garantía implica lo siguiente: Asistencia a un traductor o intérprete (art.122 del C. de P.P.), información de hecho (art. 139 inc.15 de la Const.), inmunidad de la declaración, defensa técnica, autodefensa, comunicación entre imputado y defensor, etc.

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho y CC.PP. De la UNSCH, Miembro Principal de Cinde.

² El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instructiva o periodo investigador y el juicio, que se realiza en instancia única.

- **Derecho al debido proceso**, esto es “aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal (inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria las distintas diligencias, y otros”-SÁNCHEZ VELARDE, Pablo). En consecuencia se refiere al: Juez Natural, derecho a ser oído, duración razonable del proceso, publicidad del proceso, prohibición de doble juzgamiento-inc.13 del artículo 139 de la Const.
- **Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva**, derecho que tienen todas las personas al acceso del sistema judicial para obtener de tal forma la resolución satisfactoria de su situación jurídica o incertidumbre jurídica de carácter relevante. De manera que esto implica el: derecho de acceder a los tribunales, a la obtención de una sentencia conforme a ley, a que las resoluciones judiciales sean efectivas y derecho a los recursos ordinarios y/o extraordinarios.

Por lo expuesto, un proceso penal es un compuesto sólido, constituido por un conjunto de principios, garantías, normas de lo más alto rango a lo más mínimo; donde éstos interactúan de manera conjunta en busca de una sola finalidad “la justicia”, que de alguna u otra manera va satisfacer al hombre y a la sociedad.

Este conjunto de actos que encaminan a una decisión jurisdiccional se componen como recalco en dos grandes etapas, pero por ahora hago hincapié a la primera en vista de que esto es lo que nos interesa para el análisis del tema, materia de trabajo:

II. INSTRUCTIVA O PERIODO DE INVESTIGACIÓN FORMAL.- Etapa que justamente tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, de sus móviles (aspecto subjetivo), la autoría o la complicidad, las huellas, etc., etc.

Entonces, de todo este aspecto mencionado se deduce que la razón para la continuación del proceso penal o pasar a la siguiente etapa que es el juicio oral, es la fase intermedia, que es como un puente o nexo de control de los elementos materia del análisis que va hacer posible su continuación o no del proceso.

Nuestro ordenamiento procesal ha establecido determinados elementos necesarios para que proceda la apertura de instrucción contra una persona. Ellos están contenidos en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales;³ y que son los

³ CALIFICACIÓN DE LA DENUNCIA Y REQUISITOS PARA EL INICIO DE LA INSTRUCCIÓN.- Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia

mismos presupuestos que toma en cuenta el Fiscal para formalizar su denuncia, y que estos mismos elementos se examinan para dictar el auto de enjuiciamiento y por tanto seguir con el proceso pasando en seguida a la segunda etapa. No obstante ello, la Sala Penal dictaría el auto de sobreseimiento al no contar con estos presupuestos de manera que el proceso se archivaría definitivamente, a menos que esta resolución sea apelada.

En resumen, el proceso penal sólo tiene razón de ser al constituirse estos tres requisitos los cuales son de constante análisis en cada fase de investigación judicial, tanto por el Fiscal al formalizar la denuncia y por el Juez Penal para dictar el autoapertorio de instrucción (para dar inicio la investigación formal) y por la Sala Penal para dictar el auto de enjuiciamiento (en la fase intermedia o llamados actos preparatorios).

Los requisitos que requieren un cierto análisis :

A. QUE EL HECHO DENUNCIADO CONSTITUYA DELITO

Este presupuesto tiene sustento constitucional pues ninguna persona puede ser procesada por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (art.2º.Inc.24,ap.d)⁴, lo que exige del Juez una calificación jurídica de los hechos que son materia de la denuncia Fiscal, incluso de la tipificación que dicha autoridad ha realizado, así como de los elementos probatorios que contiene la investigación policial o Fiscal.

La conducta que se denuncia como delito debe tener una ubicación dentro de la ley penal común o especial; debe estar taxativamente prevista como infracción punible; de allí que la derogación de ésta antes de calificación jurídica por el Juez impide dictar el auto de apertura instrucción del proceso y si éste ya se encuentra en trámite, se debe sobreseer la causa vía *excepción de naturaleza de acción*⁵. Por ejemplo:

1. *“No se configura el delito de apropiación ilícita si el denunciado simplemente ha dado cuenta de una pérdida de especies ,responsabilizándose de ella ,puesto que no concurre el presupuesto objetivo del apoderamiento, por*

de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concorra otra causa de extinción de la acción penal.

⁴ Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista por la ley.

⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “EL PROCESO PENAL” Quinta Edición, Palestra Editores. Lima – Perú. Es una excepción que tiende a extinguir la acción penal cuando se alega que los hechos denunciados no constituyen delito o no son justiciables penalmente.

lo que se debe declararse fundada la excepción de naturaleza de acción” (Exp. N° 1887-98-A; En: Baca Cabrera Denyse, Rojas Vargas Fidel y Marlene Neira Huamán, Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios, Tomo III, Gaceta Jurídica, p.588)

2. *“La venta de un vehículo con gravamen (prenda), con conocimiento del vendedor, sin comunicárselo al comprador, constituye delito de estafa y defraudación. La excepción de naturaleza de acción sobre la base de una ejecutoria civil, solamente procede cuando la misma señala que el hecho imputado como delito era lícito”. (Exp. N° 354-94-Are4quipa; Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 3, Lima, 2000.p.437).*

Exige la ley que el hecho denunciado constituya delito, es decir, que reúna los presupuestos del *tipo penal*, no exige entonces que el hecho delictivo se encuentre probado, pues esta calificación corresponde a otro momento procesal. Conlleva ello la posibilidad de análisis de cada uno de los presupuestos del tipo penal a fin de establecer su adecuación inicial. Si faltare un elemento del tipo o se tratara de una clara excusa absolutoria⁶ o resulta evidente una acción la eximente de la legítima defensa, o el hecho tiene una firme connotación extra-penal, el Juez podrá dictar un auto de No Ha Lugar a abrir proceso, fundamentando su decisión.

También es posible introducir calificaciones jurídicas sobre el *iter criminis*⁷ o proceso ejecutivo del delito (actos preparatorios, tentativa, consumación) o sobre la

⁶ Art. 208 del Código Penal. No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen: 1.Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.2.El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.3 Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel – “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Sta Rosa, Primera Edición. Marzo del 2000, Lima –Perú. A)-FASE INTERNA: Ocurre dentro de la mente del sujeto, en su pensamiento. Comprende tres etapas: 1° IDEACIÓN, comienza a pensar qué delito va a realizar. 2° DELIBERACIÓN, razona sobre si va cometer o no y cómo lo cometería.3° DECISIÓN, decide que va a cometer el delito y la forma en que lo va a realizar. Esta fase no es relevante para el Derecho Penal, pues no se puede castigar a una persona por sus pensamientos, actitudes, intenciones y todas las emociones que pertenecen en el interior de la persona. B)- FASE EXTERNA: El sujeto la exterioriza. Se comienza a realizar los actos tendentes a consumir lo que se ha decidido. Es a partir de esta fase que el Derecho Penal puede intervenir. Los delitos pueden dividirse en: de mera actividad (sin llegar a un resultado), y de resultado.

participación delictiva (autoría mediata, coautoría, complicidad, instigación, inducción)⁸, sin embargo, su relevancia no es mayor en tanto se trata de una calificación inicial susceptible de modificación posterior o de confirmación con ocasión de la acusación y/o sentencia penal. Entendemos que el auto de apertura de instrucción conlleva a una primera tipificación de los hechos que se denuncian, que puede mantenerse durante el proceso, pero también puede ser objeto de modificación, pues depende de los actos de la investigación propias de la instrucción y de la calificación que pueda realizarse con la apreciación de las pruebas, v.g. *Una infracción calificada inicialmente como hurto agravado puede merecer en el curso del proceso penal su ubicación en el tipo penal de robo o quizás de hurto simple (o tal vez no se compruebe el delito) dependiendo de la actividad probatoria desarrollada; lo mismo podríamos decir si ponemos de ejemplo la calificación inicial como de delito de homicidio culposo o agravado.*

Por tanto desde el punto de vista de la tipicidad, el Juez deberá no sólo constatar la existencia de los elementos objetivos del tipo, sino también la presencia de elemento subjetivo necesario para configurar penalmente el tipo penal. En igual sentido es en este nivel donde el Juez debe valorar hasta donde le sea posible la probable existencia de causas de atipicidad, por ejemplo, la existencia de un error de tipo.

En el nivel de la culpabilidad pueden también presentarse ciertas causales que hagan posible excluir la responsabilidad penal. Las causales de inculpabilidad son las circunstancias especiales en las que, habiéndose verificado la tipicidad y la antijuricidad del actuar, no es posible responsabilizar al agente, por lo tanto, tampoco puede ser pasible de sanción penal. El Código Penal regula estas causales en su artículo 20° inc.1 al 10°.

⁸ AUTORÍA MEDIATA, es cuando el autor, en la realización de la acción típica, se sirve de otra persona, que utiliza como instrumento. CO-AUTORÍA, realizada por dos o más personas, en forma consciente y voluntaria. PARTÍCIPES, INSTIGADORES Y CÓMPLICES, los partícipes no tienen el dominio de hecho. La participación no es autónoma, sino dependiente del hecho del autor-accesoriedad de la participación. La participación sólo es punible si es dolosa. Hay distintas clases de participación: instigador o inductor, cómplice necesario, cómplice no necesario. INSTIGADOR, es aquel que determina consciente e intencionalmente a otra persona a cometer un delito, sin participar en su ejecución. El instigador no tiene el dominio de hecho. CÓMPLICE NECESARIO O PRIMARIO,..el sujeto es indispensable opera que pueda realizar el delito y, NO NECESARIO,.. cuando la contribución no es indispensable,..de falta de aportación, el delito se habría cometido igualmente.

⁹ CAUSAS EXIMENTES. El que por anomalías psíquica, grave alteración de la consciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afecte gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o parar determinarse según esta comprensión, y el menor de 18 años, respectivamente (...)

Por ejemplo:

Para la configuración de la legítima defensa, como causa de justificación, no se requiere que exista una proporcionalidad entre la agresión y el medio empleado para la defensa, sino que esta sea racional.

Por lo tanto actúa en supuesto de legítima defensa el inculpado que repele el ataque mediante un disparo al aire y posteriormente dispara a la pierna de su agresor, en tanto no tenía otro instrumento para defenderse” (Exp. N° 1655-91-Junín; Serie de Jurisprudencia 3, Academia de la Magistratura, p. 271).

Por otro lado, un punto que merece especial atención es el de las faltas, actos ilícitos que por su poca gravedad están tipificados como tales en el Código Penal situación que debe ser tomada en cuenta al calificar la denuncia, para dictar el respectivo del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción disponiendo se deriven los actuados al Juez de Paz Letrado, quien es competente para conocer las denuncias por tales infracciones. Un ejemplo común en esto es el hurto, ya que si es menor al importe de cuatro remuneraciones mínimas vitales, en tal caso el hecho constituye falta, por tanto, no procede la apertura de instrucción.

1.- Temas que tienen que ver con la constitución del delito.

a.- La tipicidad.

La tipicidad es la operación mediante la cual un hecho es adecuado o encuadrado dentro del supuesto de hecho que describe la ley penal.

b.- El tipo penal.

El tipo penal es descripción de la conducta prohibida establecida por el legislador en el supuesto de hecho de una norma.

El tipo penal se identifica con el comportamiento descrito por la ley, es decir con el supuesto de hecho típico del delito. Una acción es típica o adecuada a un tipo penal

cuando esa acción es la prohibida por la norma¹⁰. El tipo penal en un sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una ley que, tiene la función de la individualización de conductas humanas penalmente relevantes.

2.- Funciones del tipo penal

El tipo penal cumple diversas funciones pero, las más importantes tenemos:

a). Seleccionadora.- Escoge determinadas conductas que ocurren en la sociedad -que considera más grave- y las plasma en las leyes penales.

b). Función de Garantía.- Una persona sólo puede ser sancionada si su conducta está tipificada-señalada en un tipo penal.

Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no¹¹. El tipo selecciona conductas merecedoras de pena.

c). Función Indiciaria.- El tipo consiste en la descripción general de acciones antijurídicas, ello permite la selección inmediata entre los ilícitos punibles y los no punibles.

d). Función Motivadora.-La finalidad de los tipos penales es motivar a las personas para que no cometan las conductas sancionadas, es decir tiene un carácter preventivo general intimidadora a toda la sociedad con imponer una pena si realizan ciertas conductas.

B. QUE SE HAYA INDIVIDUALIZADO AL PRESUNTO AUTOR.

Se entiende por “individualización” la coincidencia entre la persona imputada y la persona contra quien se dirige el procedimiento con motivo de la imputación, lo que en doctrina se conoce como “identidad física”.La identidad física tiene por objeto establecer la relación de una persona con la imputación concreta, con prescindencia de si es en verdad o no el autor o partícipe de un delito”¹².

El proceso penal debe seguirse contra persona cierta e identificada. Es necesario saber no sólo que el imputado existe, sino determinar quién es. El término identificación

¹⁰ BACIGALUPO. Enrique.-“MANUAL DE DERECHO PENAL-PARTE GENERAL”, Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, Pág.80.

¹¹ ROXIN, Claus. “TEORÍA DEL TIPO PENAL-TIPOS ABIERTOS Y ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO”, versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupa, Ediciones Depalma, Buenos Aires.1979, Pág.170.

¹² Carlos Rubianes, ”TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL”, T. II. Depalma. Buenos Aires 1986. p.98.

es más amplio que el de individualización que prevé el Código. No se admite iniciar el proceso penal contra persona desconocida, tampoco se podrá abrir proceso contra persona a quien sólo se conoce uno de sus apellidos¹³; ni contra quien sólo se le conoce con el apelativo o “alias”.

La identificación de la gente resulta ser el requisito subjetivo de mayor importancia para el inicio del proceso penal, por lo que, en ejercicio del estricto control de legalidad que compete al juez, éste no solo debe efectuar una verificación formal de los datos de identidad del agente sindicado por el Ministerio Público, sino también procurar establecer en lo posible un mayor grado de vinculación personal que evite posible equivocaciones en la sindicación. Es por ello que no es posible abrir instrucción de manera genérica contra los que resulten responsables.

Es necesario precisar que para dictar el auto de apertura de instrucción lo que se requiere es que se haya individualizado al presunto autor en un grado razonable de probabilidad, y no al autor definitivo del hecho punible.

Sin embargo, cabe resaltar que pueden presentarse casos en los cuales, viéndose identificado físicamente a la gente del hecho delictuoso, existiendo pruebas contundentes sobre la responsabilidad de su actuar (por ejemplo en el caso de *delito flagrante*¹⁴), no sea posible establecer formalmente y con precisión su identidad (por ejemplo, si se trata de un indocumentado), caso en cual se tendrá que proceder a la formalización de la denuncia, luego a la emisión del auto de apertura de instrucción dando por iniciado el proceso penal. Quiere decir entonces que el requisito de la individualización de la gente implica no sólo la verificación formal de los datos de identidad del autor, sino también, en algunos casos, la verificación de una vinculación material de la persona imputada con los hechos incriminados.

Por tanto, el fundamento de este requisito es la necesidad de dirigir el proceso, desde su inicio, contra una persona cierta y plenamente identificada e individualizada, contra quien se dirigirá la acción penal y que debe tener el derecho a defenderse de los cargos formulados en su contra. Según el art. 3° de la Ley N° 27411 sobre homonimia,

¹³ Por ejecutoria Suprema de 11 de julio de 1986 se declaró Nula la sentencia consultada, insubsistente el dictamen fiscal y Nulo el auto apertorio de instrucción que comprendió a Francisco Gallegos y Carlos Aguirre como inculcados por delito de TID (II S.P. Consulta Exp. N° 65-86, Puno).

¹⁴ FLAGRANTE DELITO, cuando es sorprendido en el preciso momento en que está cometiendo el delito. El artículo 106 del C.P.P. establece que hay flagrancia en las siguientes hipótesis: a)- Cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto. b)- Cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el hecho delictivo. c)- Cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que viene de ejecutarlo.

publicada el 27 de enero del 2001, a efecto de individualizar al procesado se requiere contar con los siguientes datos:

- a.- Nombres y apellidos completos
- b.- Nombres de los padres.
- c.- Lugar y fecha de nacimiento.
- d.- Edad y sexo.
- e.- Nacionalidad.
- f.- Documentos de identidad.
- g.- Domicilio.
- h.- Grados de instrucción, profesión u ocupación.
- i.- Características físicas, talla y contextura.
- j.- Cicatrices, tatuajes y otras señales particulares.

Estos datos son importantes, deben ser obtenidos durante la investigación preliminar, en consecuencia la identificación e individualización es responsabilidad del Fiscal que promueve acción penal, no del Juez que se limita a dictar el auto apertorio de instrucción. Esos datos son indispensables cuando se dicta *mandato de detención*¹⁵ contra el procesado, sólo así se evitará en alguna medida los problemas de homonimia y los graves perjuicios que sufren personas inocentes que son detenidas como consecuencia de ilegales requisitorias judiciales dictadas omitiendo consignar los citados datos.

La investigación “contra los que resulten responsables” sólo puede ser realizada en la fase preprocesal o prejurisdiccional, investigación judicial o fiscal anteriores al proceso. Pero la apertura de instrucción contra una o varias personas plenamente identificadas, no es obstáculo para que proceda una ampliación de la investigación contra otras personas que sean identificadas en el curso de la misma.

C. QUE LA ACCIÓN PENAL NO HAYA PRESCRITO.

Siendo la prescripción una causal de la extinción de la acción penal, según se establece en el artículo 78 del Código Penal¹⁶, tanto el Fiscal, al formalizar la denuncia,

¹⁵ El mandato de detención debe ser escrita y debidamente motivada por el Juez Penal. El artículo 135° del C.P.P. establece los requisitos de mandato de detención: 1- Que exista suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito...2- Que la sanción ha imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y, 3- Que exista suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria...

como el Juez al calificarla, deberán observar que la acción penal en contra de una persona esté expedito, es decir, que no haya prescrito.

Del artículo 5° del Código de Procedimientos Penales se desprende que el vencimiento del plazo de prescripción, según la pena señalada para cada delito.

La prescripción es, por tanto, una figura por la cual se establece que determinado acto delictuoso ya no es perseguible debido que ha operado a favor del presunto autor la acción liberadora del tiempo, haciendo que se extinga la acción en su contra.

Esto significa la realización del cómputo temporal desde la fecha de comisión del delito según las reglas que se establecen en los artículos 80^{o17} y siguientes del Código Penal que tratan de la prescripción ordinaria, extraordinaria.

Si la acción penal por el delito que se denuncia hubiera prescrito, deberá expedirse auto de No Ha Lugar, con los fundamentos que correspondan.

1. Prescripción

La prescripción es un plazo de tiempo establecido en la ley, dentro del cual los órganos jurisdiccionales pueden iniciar el proceso pero, finalizado este plazo de tiempo, ya no se puede perseguir el delito. La prescripción también se puede aplicar con referencia a la ejecución de la pena, consiste en el plazo que establece la ley para el cumplimiento de una pena, luego de haberla dispuesto la sentencia respectiva. Cabe anotar que el plazo de prescripción de la pena es totalmente independiente de la pena dispuesta en la sentencia del proceso.

a.- Prescripción de la Acción Penal.

La persecución penal de un delito no es perpetua, todos los delitos de nuestro ordenamiento jurídico prescriben. La definición de prescripción va ligada al tiempo que ha transcurrido desde el momento en que se realizó la conducta típica. Cuando el tiempo transcurrido es igual al máximo legal de la pena previsto para el delito cometido, entonces, se puede decir que ha operado la *prescripción ordinaria*.

¹⁶CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal se extingue: 1- Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia. 2- Por autoridad de cosa juzgada. 3-...por desistimiento o transacción, en acción privada.

¹⁷ PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. En caso de concurso real de delitos, las acciones separadamente en el plazo señalado para cada uno. En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando0 haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pene de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años. En los delitos que merecen otras penas, la acción prescribe a los dos años. En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica.

También existe la prescripción extraordinaria, la cual opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria. De acuerdo con el artículo 83° de Código Penal esto sucede:

- Por actuación del Ministerio Público.
- Por actuación de las autoridades judiciales.
- Por la comisión de un nuevo delito doloso.

El artículo 83° establece dos hipótesis en las que opera la prescripción extraordinaria:

- Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.
- La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Es más fácil entender estas hipótesis con un caso práctico.

Ejemplo 1:

- El delito tiene una pena máxima legal de 6 años.
- El delito se ha realizado en 2000.
- El autor es denunciado por el Ministerio Público en 2002.

Siguiendo la **hipótesis “A”**: Al haber sido denunciado el autor en 2002, luego de 2 años de haber cometido el delito (2000), este tiempo transcurrido que da sin efecto y comienza a correr un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la denuncia. Por lo que debe sumarse 6 años luego de 2002. Es decir, el delito prescribirá en el año 2008.

Hipótesis “B”: en este caso, el delito prescribirá de todas maneras cuando el tiempo transcurrido sea igual al plazo ordinario de prescripción sumado en una mitad. Dado que el delito es sancionado con una pena máxima de 6 años, se le debe sumar la mitad de ella, es decir 3 años. Por lo que el plazo máximo de prescripción es de 9 años. Dado que el delito se cometió en 2000, este prescribirá de todas maneras en el año 2009. En el caso desarrollado, es mejor aplicar la hipótesis A.

Ejemplo 2:

- El delito tiene una pena máxima legal de 6 años.
- El delito se ha realizado en 2000.
- El autor comete un nuevo delito doloso en 2004.

De acuerdo a la *hipótesis A*: se deben sumar 6 años luego de la interrupción (2004) por lo que el delito prescribiría en el año 2010. Pero, si al mismo caso le aplicamos la *hipótesis B*: no interesa cuando fue interrumpida por que siempre que haya interrupción se suma el plazo ordinario de prescripción más su mitad, es decir 6 años más 3 años, sería igual a 9 años, y el delito prescribiría de todas formas en el año 2009. En este ejemplo, resulta mejor aplicar la hipótesis B.

A todo esto, debemos añadir que, si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél que de concluido (Art.84° del Código Penal). La suspensión de la prescripción se puede dar en dos casos:

1. Por la aparición de una Cuestión Previa, aparece cuando el Código Penal dispone un requisito para poder iniciar la acción judicial. Por ejemplo: para iniciar un proceso por el delito de libramiento indebido es requisito indispensable el requerimiento de pago al girador del cheque (Art. 215° CP). Otro ejemplo:

“Las cuestiones previas proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad, el mismo que debe estar expresamente establecido en una norma penal o extrapenal; por lo tanto, siendo la malversación de fondos un ilícito cuya persecución es de oficio, la denuncia de parte constituye tan sólo una noticia de crimen mas no un requisito previo para el ejercicio de la acción penal”. (R.N. N° 1364-97-Lambayeque; En Revista Peruana de Jurisprudencia, Año I, N° 1, Normas Legales, p.3899.

2. Por la aparición de la Cuestión Pre-Judicial, aparece cuando se requiere un elemento indispensable para que el delito se pueda configurar. Señala Faustino Cordón, se está ante un pre-judicialidad cuando la cuestión principal requiere imprescindiblemente la propia resolución de una cuestión perteneciente a un orden jurídico diferente, en virtud de la existencia de un nexo lógico-jurídico que une a ambas. Por ejemplo, en el caso del delito de Bigamia (Art. 139° del Código Penal) se debe establecer la existencia de un matrimonio precedente en la vía civil. Otro ejemplo: Cuando se le imputa a la procesada el haber estafado a los presuntos agraviados, bajo la modalidad de organización xx, para obtener provecho propio. Sin embargo no se ha tenido en cuenta QUE DICHA OPERACIÓN ES UNA TRANSACCIÓN COMERCIAL, celebrada entre los presuntos agraviados y la recurrente; resultando en consecuencia que por la naturaleza propia de la operación ésta es PURO TRATO COMERCIAL Y NO PENAL, tal y conforme lo determina de manera expresa el artículo 1148 y 1150 concordantes con los artículos 1351 y 1353 del Código Civil.

Por último, debemos mencionar, a manera de innovación del Código Penal, el hecho de que establece la renunciabilidad de la prescripción en el Art.91^{o18}. De realizar esta conducta, a persona demostraría que confía en la correcta administración de justicia y que está seguro de la inocencia, como también podría darse el caso que está seguro de que no existen pruebas que demuestren su culpabilidad.

b.- Prescripción de la Pena:

La prescripción de la ejecución de la pena comienza a correr desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme y funciona en los mismos términos que la prescripción de la acción penal de acuerdo Art. 86° del Código Penal.

En el artículo 87° del Código Penal encontramos una fórmula análoga a la del artículo 83° del mismo cuerpo legal, observamos tres hipótesis:

- 1) Una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo, si hay lugar a ello, como si antes no se hubiese iniciado.

La interrupción se puede dar por:

- Por el comienzo de ejecución de la pena.

¹⁸ Código Penal Art. 91°.-RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. El imputado tiene derecho a renunciar a la prescripción de la acción penal.

- Por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso.
- 2) En los casos de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.
- 3) Sin embargo, la pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal, es decir, se aplican la hipótesis referida a la prescripción ordinaria y extraordinaria de la acción penal. En otras palabras, funciona igual que la prescripción de la acción penal pero, a diferencia de ella, ésta toma como punto de inicio el momento en que se estableció la pena.

Como nota general debemos decir que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible, según el artículo 88° del Código Penal.

Otros autores lo denominan también como elementos necesarios. Los presupuestos de auto de apertura de instrucción se encuentran determinados en el artículo 77° del C. de PP., cuando taxativamente señala que “recibida la denuncia y sus recaudos, el juez especializado en lo Penal, sólo abrirá instrucción si considera de que tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presente autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal...” y que son los mismos presupuestos que tiene en cuenta el fiscal para formalizar su denuncia.